Deutscher Bundestag **Drucksache 17/6483**

17. Wahlperiode 06. 07. 2011

Gesetzentwurf

der Abgeordneten Halina Wawzyniak, Jan Korte, Dr. Petra Sitte, Herbert Behrens, Ulla Jelpke, Caren Lay, Petra Pau, Jens Petermann, Kathrin Senger-Schäfer, Raju Sharma, Frank Tempel und der Fraktion DIE LINKE.

Entwurf eines Gesetzes zur Begrenzung der Haftung und der Abmahnkosten bei Urheberrechtsverletzungen

A. Problem

Die Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen hat im Jahr 2010 einen neuen Höchststand erreicht. Allein 600 000 Abmahnungen mit einem geschätzten Gesamtvolumen von einer $^{1}/_{2}$ Mrd. Euro bei Urheberrechtsverletzungen in Tauschbörsen wurden im Auftrag von Rechteinhabern versandt. Auch wenn dazu keine offizielle Statistik existiert, belegen schon die vom eco Verband der Internetwirtschaft e. V. im Mai 2011 veröffentlichten Zahlen, wonach allein deutsche Internetprovider monatlich 300 000 Adressauskünfte aufgrund illegaler Downloads gewähren, dass diese Zahlen noch zu vorsichtig veranschlagt sind. Zwar begünstigt die technische Entwicklung nicht nur die zunehmende Häufigkeit, sondern auch die Verfolgbarkeit von Verletzungshandlungen. Jährliche Wachstumsraten im zweistelligen Bereich bei geringem Aufwand durch standardisierte Abläufe und Serienbriefe lassen aber dabei zunehmend die berechtigte Interessenverfolgung durch Rechteinhaber einem Goldrausch gleich zugunsten einer fragwürdigen, selbstreferentiellen Abmahnindustrie zurücktreten. Rechteinhaber, insbesondere solche von Werken zweifelhafter Güte, hohen Alters oder einer aus sonstigen Gründen geringen Markttauglichkeit, nutzen Abmahnungen inzwischen gezielt als Wertschöpfungsinstrument, das ihnen durch reguläre Lizenzierung nicht realisierbare Gewinne ermöglicht. Dass diese Erwägungen inzwischen tragendes Element sind, zeigt sich deutlich an der überwiegenden Zahl der Abmahnschreiben und Urteile, die sich hauptsächlich mit der Rechtfertigung der anwaltlichen Abmahnkosten und nur marginal mit sonstigen, dem Rechteinhaber zu Gute kommenden Schadensersatzbemessungen auseinandersetzen. Ein einträgliches Geschäft, das seine Grundlagen weniger in den um Ausgleich bemühten Schadensersatz- und Schutzvorschriften des Urheberrechtsgesetzes, sondern vor allem in einer ausufernden, kaum differenzierenden und von Sanktions- und Präventionsgedanken geprägten Rechtsprechung findet. Einen maßgeblichen Beitrag dazu leisten ungeregelte, allein in das Ermessen der Gerichte gestellte Wertvorschriften für die Bemessung des Gebührenstreitwerts, der auch Grundlage für die anwaltlichen Kostenrechnungen ist. Selbst beim Interessenverband eco scheint man diese Entwicklung nur mit ungutem Gefühl zu verfolgen. Obwohl die Anzahl illegaler Downloads zurückgehe, nehme die Anzahl von Abmahnungen zu, weil Unternehmen bei der Verfolgung oft übers Ziel hinausschießen. „In den meisten Fällen würde

wohl ein Warnbrief reichen. Es muss nicht immer gleich eine Abmahnung für mehrere hundert Euro sein."

B. Lösung

Die Geltendmachung eines Verletzergewinns oder der üblichen Vergütung nach den Grundsätzen der Lizenzanalogie wird alternativ zum konkreten Schadensersatzanspruch geregelt und auf vorsätzlich handelnde Unternehmer beschränkt. Die Deckelung der Abmahnkosten nach § 97a Absatz 2 des Urheberrechtsgesetzes wird ersatzlos aufgehoben. Stattdessen wird über Regelungen zum Gebührenstreitwert im Gerichtskostengesetz eine vorhersehbare Bestimmung von außergerichtlichen und gerichtlichen Kosten herbeigeführt. Vorschriften über den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen des unberechtigt Abgemahnten, zur Einschränkung der Auskunftspflichten Dritter sowie zur Streitwertminderung flankieren diese Maßnahmen.

C. Alternativen

Keine.

D. Kosten

Keine.

Entwurf eines Gesetzes zur Begrenzung der Haftung und der Abmahnkosten bei Urheberrechtsverletzungen

Vom …

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1
Änderung des Urheberrechtsgesetzes

Das Urheberrechtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1273), das zuletzt durch … geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht wird nach § 104 folgende Angabe eingefügt:

   „§ 104a Streitwertminderung“.

2. § 97 Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

   „(2) Wer die Handlung vorsätzlich oder fahrlässig vornimmt, ist dem Verletzten zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Handelte der Verletzer vorsätzlich in Ausübung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Tätigkeit, so kann der Verletzte anstelle des Schadensersatzes

   1. den Gewinn, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, oder
   2. denjenigen Betrag, den ein Lizenznehmer als übliche Vergütung für die Erlaubnis zur Nutzung des Rechts hätte entrichten müssen,

   sowie die zur Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen verlangen. Urheber, Verfasser wissenschaftlicher Ausgaben (§ 70), Lichtbildner (§ 72) und ausübende Künstler (§ 73) können auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine Entschädigung in Geld verlangen, wenn und soweit dies der Billigkeit entspricht. Weitergehende Ansprüche, insbesondere aus ungerechtfertigter Bereicherung, sind ausgeschlossen.“

3. § 97a wird wie folgt geändert:

   a) Die Absatzbezeichnung „(1)“ wird gestrichen.

   b) Absatz 2 wird aufgehoben.

   c) Der folgende Satz wird angefügt:

   „Der Abgemahnte kann Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, soweit die Abmahnung unberechtigt war.“

4. § 101 wird wie folgt geändert:

   a) In Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 Satz 1 werden die Wörter „in gewerblichem Ausmaß“ durch die Wörter „in Ausübung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Tätigkeit“ ersetzt.

   b) Absatz 1 Satz 2 wird aufgehoben.

   c) In Absatz 2 Satz 1 wird das Wort „unbeschadet“ durch die Wörter „in den Fällen“ ersetzt.

5. Nach § 104 wird folgender § 104a eingefügt:

   „§ 104a
   Streitwertminderung

   Bei der Bemessung des Streitwerts für Ansprüche nach § 97 ist es wertmindernd zu berücksichtigen, wenn die Sache nach Art und Umfang einfach gelagert ist oder wenn die Belastung einer der Parteien mit den Prozesskosten nach dem vollen Streitwert angesichts ihrer Vermögens- und Einkommensverhältnisse nicht tragbar erscheint.“

Artikel 2
Änderung des Gerichtskostengesetzes

Das Gerichtskostengesetz vom 5. Mai 2004 (BGBl. I S. 718), das zuletzt durch … geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht wird nach § 51a folgende Angabe eingefügt:

   „§ 51b Streitsachen nach dem Urheberrechtsgesetz“.

2. Nach § 51a wird folgender § 51b eingefügt:

   „§ 51b
   Streitsachen nach dem Urheberrechtsgesetz

   (1) Für Ansprüche nach § 97 Absatz 1 des Urheberrechtsgesetzes ist das wirtschaftliche Interesse nach § 97 Absatz 2 des Urheberrechtsgesetzes maßgebend.

   (2) Bietet der Sach- und Streitstand für die Bestimmung des Streitwerts nach § 97 Absatz 2 Satz 1 des Urheberrechtsgesetzes keine genügenden Anhaltspunkte, ist ein Streitwert von 1 000 Euro anzunehmen. Der Wert darf in keinem Fall den Wert nach § 97 Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 des Urheberrechtsgesetzes übersteigen. Werden die Werte mehrerer Streitgegenstände zusammengerechnet, beträgt der Streitwert höchstens 10 000 Euro.

   (3) Ergibt sich der Anspruch auf Unterlassung nicht aus § 97 Absatz 1 des Urheberrechtsgesetzes oder ist ein Anspruch nach § 97 Absatz 2 des Urheberrechtsgesetzes ausgeschlossen, gilt Absatz 2 entsprechend. Eine Zusammenrechnung der Streitgegenstände findet abweichend von Absatz 2 Satz 3 nicht statt.

   (4) Die Vorschrift über die Anordnung der Streitwertminderung nach § 104a des Urheberrechtsgesetzes ist anzuwenden.

Artikel 3
Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tage nach der Verkündung in Kraft.

Berlin, den 6. Juli 2011

Dr. Gregor Gysi und Fraktion

Begründung

A. Allgemeines

I. Haftungsbegrenzung

Mit Artikel 6 des „Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums“ (vgl. Bundestagsdrucksache 16/5048, 16/8783) wurde § 97 des Urheberrechtsgesetzes neu gefasst. Dieser regelt die Ansprüche aus der widerrechtlichen und schuldhaften Verletzung des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte. Hintergrund der Neufassung war die Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums („Enforcement-Richtlinie“, im Folgenden nur als Richtlinie bezeichnet). Die von Artikel 13 der Richtlinie geforderten Regelungen zur Bemessung des Schadensersatzumfanges bei der Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums entsprachen bereits der geltenden Rechtslage (Bundestagsdrucksache 16/5048, S. 33) in Deutschland. Neben der Möglichkeit, den Schadensumfang konkret nach allgemeinen Grundsätzen gemäß § 249 BGB zu bestimmen, entwickelte die Rechtsprechung die Alternativen, den vom Verletzer erzielten Gewinn oder denjenigen Betrag herauszuverlangen, den der Verletzer hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Nutzung des betreffenden Rechts eingeholt hätte („Lizenzanalogie“). Durch die Neufassung des Absatzes 2 sollte diese inzwischen gewohnheitsrechtlich anerkannte Methodik der Schadensersatzbemessung im Immaterialgüterrecht auch für das Urheberrecht kodifiziert werden. Die sprachliche Fassung der Norm richtet sich an den Formulierungen von Artikel 13 der Richtlinie aus (vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung auf die Stellungnahme des Bundesrates, Bundestagsdrucksache 16/5048, S. 61, Anlage 3). Obschon die vage Formulierung von Artikel 13 der Richtlinie gesehen wurde (vgl. Bundestagsdrucksache 16/5048, S. 33, 61), blieben die Einwendungen des Bundesrates über die mangelnde Trennschärfe der Ansprüche und ihr Alternativverhältnis (vgl. Bundestagsdrucksache 16/5048, S. 54) mit dem Hinweis, „die Bundesregierung ist der Überzeugung, dass diese redaktionelle Anlehnung an den Wortlaut der Richtlinie einer Beibehaltung der genannten Rechtsprechung in Deutschland nicht entgegensteht“, im Gesetzgebungsverfahren unbeachtet (Bundestagsdrucksache 16/5048, S. 61).

Die Fassung der Norm ist nicht nur sprachlich misslungen, sie begegnet aufgrund mangelnder Differenzierung der Verletzungen im privaten und gewerblichen Umfeld verfassungsrechtlichen Bedenken nach Artikel 3 Absatz 1 des Grundgesetzes (GG) und muss daher neugefasst werden. Zwar führt die gebotene Differenzierung der möglichen Ansprüche nach dem Grad des Verschuldens und nach Verletzungshandlungen im privaten oder gewerblichen Umfeld zu Einschränkungen bei den Voraussetzungen und dem Umfang der Ansprüche gegen einen Verletzer. Das allgemeine auf Restitution gerichtete Schadensersatzrecht, das einer solchen Differenzierung grundsätzlich nicht zugänglich ist, sowie Ansprüche auf Beseitigung der Beeinträchtigung und Unterlassung werden durch die Neuregelung jedoch nicht tangiert. Der im privaten Umfeld oder nur fahrlässig agierende Verletzer bleibt dem Grunde nach schadensersatzpflichtig, muss eine bestehende Beeinträchtigung beseitigen und eine Wiederholungsgefahr ausschließen. Soweit die Verletzungshandlung einen nachweisbaren, konkreten Schaden verursacht hat, ist dieser auszugleichen. Zwar bedingt die fortschreitende Technisierung, dass Verletzungshandlungen häufiger und leichter erfolgen können und konkrete materielle Schäden weniger häufig erfassbar sind. Wenn für insbesondere bagatellhafte Urheberrechtsverletzungen ein solcher nicht darzulegen und nachzuweisen ist, ist dies hinzunehmen und begründet keinen sachwidrigen Unterschied speziell zum Sachgüterrecht und allgemein zur sonstigen Rechtsordnung, die selbst bei messbaren aber letztlich unerheblichen Beeinträchtigungen unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten ein eher entspanntes Verhältnis zu Ersatzansprüchen pflegt (vgl. nur § 281 Absatz 1 Satz 3, § 536 Absatz 1 Satz 3, § 906 des Bürgerlichen Gesetzbuchs – BGB). Das Urheberrecht bedarf deswegen keines besonders weitreichenden speziellen Schutzes. Zwar werden die Immaterialgüterrechte auch als Eigentum i. S. des Artikels 14 Absatz 1 GG begriffen (vgl. Papier, in: Maunz/Düring, Artikel 14 Rn. 197), so dass Eingriffen in den Zuweisungsgehalt durch materielle und verfahrensrechtliche Abwehransprüche vorzubeugen ist. Die Ausgestaltung der Eigentumsordnung durch Inhalts- und Schrankenbestimmungen, Artikel 14 Absatz 1 Satz 2 GG, muss jedoch mit den übrigen Normen des Verfassungsrechts vereinbar sein (Papier, a. a. O., Rn. 38). Das begründet vor allem die Pflicht zu sachgerechter, die Besonderheiten des jeweiligen Rechts berücksichtigender Differenzierung und Abwägung der Interessen sowie insbesondere die Pflicht zur Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips (vgl. Papier, a. a. O.). Das Schutzregime von Sachgütern kann nicht undifferenziert und unmittelbar auf das Immaterialgüterrecht übertragen werden. Es ist schon fraglich, ob immateriellen Rechtsgütern überhaupt der gleiche abwehrrechtliche Schutz geboten werden muss. Eingriffe in den Zuweisungsgehalt des Eigentums bei Sachgütern haben eine andere Qualität. Sie ist angelegt in der physischen Einzigartigkeit der Sachgüter, die eine tatsächlich begrenzte Verfügbarkeit und Nutzungsmöglichkeit begründet sowie eine klare Zuordnung zu einem Rechteinhaber ermöglicht. Die fehlende Gegenständlichkeit immaterieller Rechtsgüter begründet gegenüber Sachgütern erhebliche Vorteile – beliebige Vervielfältigungs- und damit beliebige Verwertungsmöglichkeiten. Verbrauch, Abnutzung, Beschädigung und Verlust der Nutzungsmöglichkeit von Sachgütern findet kein Äquivalent bei immateriellen Rechtsgütern. Als negative Kehrseite begründet die fehlende Gegenständlichkeit zwar gleichzeitig einfachere und vielfältigere Verletzungsmöglichkeiten. Dabei ist aber in Rechnung zu stellen, dass Verletzungshandlungen überwiegend – bis auf die Feststellung eines Eingriffes in den Zuweisungsgehalt selbst, also einer Haftung dem Grunde nach – keine weiteren Folgen für den Inhaber haben. Ohne konkret bestimmbare (vermögensrelevante) Auswirkungen ist die Gewährung eines finanziellen Ausgleiches für eine Verletzungshandlung letztlich die Gewährung eines immateriellen Schadens oder eines Strafschadensersatzes, für die die bestehende Rechtsordnung gar nicht oder nur zurückhaltend

Anwendungsfälle eröffnet (vgl. § 97 Absatz 2 Satz 4 des Urheberrechtsgesetzes, § 253 Absatz 2 BGB). Bei der gesetzlichen Ausgestaltung des Schutzes immaterieller Rechtsgüter ist vielmehr der Genuss der Vorteile mit den aus deren Natur folgenden eng verbundenen Verletzungsmöglichkeiten in einen schonenden Ausgleich zu bringen. Dies gilt erst Recht für das Urheberrecht, für dessen Entstehen es bis auf einen geistigen Schöpfungsakt, dessen notwendige Voraussetzungen sich häufig im Einzelfall selbst für spezialisierte Juristinnen und Juristen nicht zweifelsfrei erkennen lassen, keiner weiteren Voraussetzungen bedarf (so schon problematisiert in RGZ 121, 258, 262). Erschwert wird die rechtliche Beurteilung einer Handlung als Verletzungshandlung auch durch eine unüberschaubare Vielfalt von Lizenzierungsformen (vgl. allein für Software die GPL – General Public License –, Berkeley-Software-Distribution-Lizenz, Sun-, IBM-, Mozilla-Lizenz u. a. sowie allgemeiner für beliebige Werktypen sechs Arten der Creative-Commons-Lizenz). Eine Differenzierung ist zuletzt auch innerhalb des Schutzbereiches immaterieller Rechtsgüter erforderlich. Die hier gegenständlichen Ansprüche nach der Lizenzanalogie und der Gewinnhaftung finden sowohl beim Urheberrecht als auch bei den gewerblichen Schutzrechten Anwendung. Letztere sind jedoch nicht nur hinsichtlich ihrer Entstehung besonderen Regelungen wie öffentlichen Registereintragungen unterworfen, sondern auch in ihrer abwehrrechtlichen Reichweite auf ein gewerbliches Umfeld beschränkt (siehe dazu Abschnitt B, Einzelbegründung).

II. Abmahnkosten

1. Kostendeckelung

Die mit dem neu eingefügten § 97a Absatz 2 des Urheberrechtsgesetzes verfolgten Ziele konnten nicht erreicht werden. Die „Wahrung der berechtigten Interessen der Verletzer von Urheberrechten im privaten Umfeld, bei Abmahnungen für erste Urheberrechtsverletzungen keine überzogenen Anwaltshonorare bezahlen zu müssen“ (Bundestagsdrucksache 16/5048, S. 48, 49), ist aufgrund der schon frühzeitig von Fachkreisen (vgl. z. B. Kritz, „Beschränkung der Abmahnkosten im Urheberrecht – was verhindert den Missbrauch wirklich?“, MMR 2007, 477) kritisierten unbestimmten Kriterien nicht eingetreten. Insgesamt fünf kumulativ anzuwendende unbestimmte Normkriterien lassen jedes Maß an Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit entfallen. Zwar sind diese einer Auslegung durch Gerichte und damit der Entwicklung einer Rechtsprechungspraxis zugänglich. Jedoch besteht hier die tatsächliche Besonderheit, dass die weit überwiegende Zahl der Abmahnungen insbesondere an private Verletzer außergerichtlich erledigt wird. Begünstigt durch die Unbestimmtheit der Norm, die häufig in Abmahnschreiben durch abmahnende Rechtsanwälte ohnehin für unanwendbar im konkreten Einzelfall erklärt wird sowie durch die regelmäßig mit den Abmahnschreiben verbundenen expliziten Folgekostenandrohungen, scheuen sich Verletzer häufig, eine gerichtliche Auseinandersetzung über die Kosten zu suchen. Vor diesem Hintergrund ist § 97a Absatz 2 des Urheberrechtsgesetzes aufzuheben. Die Ursachen missbräuchlicher und überzogener Anwaltskosten für Abmahnungen haben ihre Ursache in den für die Gebührenberechnung maßgeblichen Wertvorschriften des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes, des Gerichtskostengesetzes und der Prozessordnungen. Eine effektive, vorhersehbare Regelung zur Vermeidung überzogener Anwaltskosten muss in Form normativer Streitwerte bereits dort ansetzen.

2. Ursachen überhöhter Kosten

Nach § 97a Absatz 1 des Urheberrechtsgesetzes kann bei berechtigten Abmahnungen Ersatz der dafür erforderlichen Aufwendungen verlangt werden. Dazu zählen insbesondere Rechtsanwaltskosten (Kefferpütz, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrechtsgesetz, § 97a Rn. 28). Die Höhe der durch den Verletzer zu erstattenden Anwaltskosten bestimmt sich nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG). Der die konkreten Gebühren beeinflussende Gegenstandswert der Tätigkeit richtet sich grundsätzlich nach den für Gerichtsgebühren maßgeblichen Wertvorschriften, § 23 Absatz 1 RVG, die im Gerichtskostengesetz (GKG) geregelt sind. Für urheberrechtliche Streitigkeiten verbleibt es mangels besonderer Regelungen bei § 48 GKG, wonach sich der Gebührenstreitwert nach dem Zuständigkeitsstreitwert, mithin hier nach § 3 der Zivilprozessordnung (ZPO), richtet. Danach legt das Gericht den Streitwert nach „freiem Ermessen“ fest. Kriterien für die Ausübung dieses Ermessens wurden durch Rechtsprechung und Lehre entwickelt. Maßgeblich ist das sogenannte „Angreiferinteresse“, das, soweit sich keine Leitbildfunktion aus den normativen Festlegungen in den §§ 4 ZPO ergibt, in vermögensrechtlichen Streitigkeiten dem objektiven wirtschaftlichen Interesse an der Rechtsverfolgung entspricht (Wöstmann, in: Münchener Kommentar zur ZPO, § 3 Rn. 10). Dabei ist primär auf den wahren Wert i. S. des Verkehrswertes und der Höhe konkreter Forderungen abzustellen (Heinrich, in: Musielak, ZPO, § 3 Rn. 8). Als sachfremd und daher unbeachtlich zu bleiben haben ein möglicher wirtschaftlicher Nutzen oder Gewinn für den Kläger, die Bedeutung des Verfahrens für einen anderen Rechtsstreit, generalpräventive Erwägungen, Genugtuungs- und Sanktionsinteressen oder die Einbringlichkeit des geltend gemachten Anspruchs (Retzer, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb – UWG, § 12 Rn. 817; Heinrich, a. a. O.). Das gilt auch in den durch Abmahnungen vorrangig verfolgten Unterlassungskonstellationen. Im Sachgüterrecht hat sich dazu eine pragmatische und diesen Prinzipien folgende Rechtsprechung entwickelt. So richtet sich der Streitwert eines Unterlassungsanspruches gegen die Benutzung einer Stellfläche durch fremde Fahrzeuge nach dem Verkehrswert der Fläche (BGH, Urteil vom 24. April 1998, – V ZR 225/9 – = NJW 1998, 2368). Die Abwehr von ein Grundstück belastenden Immissionen richtet sich nach der Wertminderung des Grundstückes (Bendtsen, in: Saenger, ZPO, § 3 Rn. 15). Im Immaterialgüterrecht hingegen hat sich eine vollkommen von diesen Sachkriterien losgelöste Entwicklung vollzogen. Mit „abenteuerlichen“ (Lappe, „Die Entwicklung des Gerichts- und Notarkostenrechts im Jahr 2005“, NJW 2006, 270, 271) Begründungen ziehen Gerichte bei der Streitwertbemessung vordergründig spezial- und sogar generalpräventive Motive heran (OLG Hamburg, Beschluss vom 10. März 2004, – 5 W 3/04 – = GRUR 2004, 342; OLG Hamburg, Beschluss vom 14. November 2006, – 5 W 173/06 – = GRUR 2007, 375) und gestalten die Streitwertbemessung als eigenständige Strafvorschrift aus. So führt z. B. das OLG Hamburg aus, dass „bei einer urheberrechtsverletzenden Nutzung von Stadtplanausschnitten der Gedanke

einer wirkungsvollen Abschreckung selbst für nicht sehr erhebliche Verstöße gegen geistige Schutzrechte als streitwertbestimmender Faktor angesehen werden kann und dementsprechend wertmäßige Berücksichtigung findet.“. Dieser Rechtsprechung wurde zwar z. T. deutlich widersprochen (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 18. Oktober 2004, – 6W 161/04 – = GRUR-RR 2005, 71, 72). Nur selten legen Gerichte jedoch überhaupt die Entscheidungsgrundlagen offen, sondern pauschalieren ohne jede Sachauseinandersetzung fünf- bis sechsstellige Beträge für einfachste Verletzungen (vgl. LG Köln, Urteil vom 13. Mai 2009, – 28 O 889/08 – = MMR 2010, 48, das „ohne Weiteres“ 100 000 Euro für 20 in einer Tauschbörse angebotene Titel ansetzt). Obschon sich inzwischen vor allem einige unterinstanzliche Gerichte davon wohltuend abgrenzen (vgl. AG Halle (Saale), Urteil vom 24. November 2009, – 95 C 3258/09 –; LG Hamburg, Urteil vom 8. Oktober 2010, – 308 O 710/09 –), bleibt es bei dem Befund, „dass die tägliche Praxis nach wie vor weit davon entfernt ist, verlässliche und vorhersehbare Kriterien aufzustellen und auch nicht erwartet werden kann, dass sich an der im Vergleich zu ‚normalen‘ zivilrechtlichen Auseinandersetzungen sehr großzügigen Streitwertpraxis im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes etwas ändern wird“ (Retzer, a. a. O., Rn. 815).

3. Verteidigungskosten

Nur einem Bruchteil im unteren einstelligen Prozentbereich der Abmahnungen folgt ein gerichtliches Verfahren. Aufgrund der Komplexität des Rechtsgebietes lässt sich zwar die Richtigkeit der Ausführungen in einem Abmahnschreiben ohne juristischen Beistand kaum nachprüfen. Aus Kostengründen lassen sich viele private Abgemahnte jedoch nicht anwaltlich beraten und nehmen die Abmahnung widerstandslos hin. Dies wird forciert durch drastische Drohungen in anwaltlichen Abmahnschreiben. Selbst in den Fällen, in denen sich die Abgemahnten der Abmahnung widersetzen oder diese ignorieren, wird nur ein Bruchteil gerichtlich durchgesetzt. Aus Sicht der abmahnenden Rechteinhaber und Kanzleien ergibt sich das eigentliche Geschäft aus der schieren Masse, vergleichbar mit Abonnementfallen im Internet und den eingeleiteten Masseninkassoverfahren, bei denen Rechtsanwälte bereits eine unrühmliche Vorreiterrolle gespielt haben (vgl. nur LG München I, Urteil vom 12. Mai 2009, – 28 O 398/09 – = BeckRS 2010, 07536; AGH NRW, Urteil vom 7. Januar 2011, – 2 AGH 48/10 – = BeckRS 2011, 72255). Gleichzeitig nimmt die Prüfdichte durch Rechtsanwälte, ob und in welchem Ausmaß ein Verhalten eine Urheberrechtsverletzung war und welche Sanktionen angezeigt sind, stetig ab (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 20. Mai 2011, – 6 W 30/11 – = BeckRS 2011, 14571). Typische Abmahnschreiben sind Serienbriefe, die aus einer Ansammlung vorgefertiger Textbausteine bestehen, mit einem Anwaltsbriefkopf versehen werden und bestenfalls eine rudimentäre Auseinandersetzung mit dem Einzelfall enthalten. Das Kostenrisiko ist dabei gering. Auf außergerichtliche Verteidigungsschreiben des anwaltlich vertretenen Abgemahnten wird in der Regel die Verfolgung des vermeintlichen Verstoßes ohne Reaktion eingestellt. Diese – auch berufsrechtlich – fragwürdige Praxis kann durch einen Gegenkostenanspruch des unberechtigt Abgemahnten abgestellt werden. Ein Gegenkostenanspruch wird nicht nur die Bereitschaft Abgemahnter erhöhen, den Fall eingehend anwaltlich prüfen zu lassen, sondern auch mit Abmahnungen beauftragte Rechtsanwälte in eine intensivere Auseinandersetzung mit der Begründetheit und Durchsetzbarkeit der Ansprüche zwingen.

III. Auskunftsansprüche

Bei der Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen kommt § 101 des Urheberrechtsgesetzes eine besondere Bedeutung zu. Insbesondere Internetprovider sind danach verpflichtet, § 101 Absatz 9, 2 des Urheberrechtsgesetzes, Adressauskünfte zu den durch Rechteinhaber ermittelten IP-Adressen zu geben. Die Ermittlung der IP-Adressen durch Spezialsoftware auf Seiten der verfolgenden Rechteinhaber ist entgegen ihrer Beteuerungen fehleranfällig (Bleich, „Fragwürdige Beweisführung“, c’t 5/2010, S. 50; Morgenstern, „Zuverlässigkeit von IP-Adressen-Ermittlungssoftware“, CR 2011, 203). Wird jedoch die IP-Adresse fehlerhaft ermittelt, ist eine darauf basierende Adressauskunft falsch, so dass die Verfolgung von Urheberrechtsverstößen unschuldige Bürgerinnen und Bürger trifft. Schätzungen gehen davon aus, dass mehr als 100 000 Verfahren gegen die falschen Anschlussinhaber eingeleitet wurden (vgl. Thieme/Rest, „In den Fängen der Abmahnindustrie“, Frankfurter Rundschau, Artikel vom 26. Dezember 2010). Viele Gerichte verschließen sich nicht nur den technischen Aspekten der Ermittlung und deren Fehleranfälligkeit (vgl. nur LG Berlin, Beschluss vom 3. März 2011, – 16 O 433/10 – = MIR 2011, Dok. 028; abenteuerlich falsch und beratungsresistent AG Charlottenburg, Urteil vom 5. Mai 2011, – 220 C 224/10 –; erfrischend fachkompetent jedoch OLG Köln, Beschluss vom 10. Februar 2011, – 6 W 5/11 – = MIR 2011, Dok. 022). Vielfach wird im Hinblick auf die den Rechteinhabern obliegende Darlegungs- und Beweislast über die Person des Verletzers sogar auf die Richtigkeit der Adressauskunft der Provider selbst abgestellt, ohne zu erkennen, dass die Zuordnung von IP-Adresse und Anschlussinhaber zwar fehlerfrei beim Provider möglich ist, jedoch Ausgangspunkt der Beweiskette die exakte Ermittlung der IP-Adresse selbst sein muss. Die gravierenden Einwände von Fachleuten gegen die Zuverlässigkeit von Ermittlungssoftware lassen keinen Raum für die Anwendung eines Anscheinsbeweises, so dass sich diese Zweifel zugunsten der Beklagten auswirken müssten. In Ansehung der entgegenstehenden Rechtsprechungspraxis ist die Begrenzung des Auskunftsanspruches neben den in der Einzelbegründung dargelegten Erwägungen schon aus rechtspolitischen Gründen geboten.

B. Einzelbegründung

Zu Artikel 1 (Änderung des Urheberrechtsgesetzes)

Zu Nummer 1 (Inhaltsübersicht)

Erweiterung der Inhaltsübersicht um den neu einzufügenden § 104a des Urheberechtsgesetzes.

Zu Nummer 2 (Änderung § 97 Absatz 2)

Die sprachliche Neufassung von § 97 Absatz 2 Satz 2 verfolgt zunächst das Ziel, Normenklarheit herzustellen. Diese Präzisierung ist erforderlich. Die bisherige Formulierung

des Satzes 2 („Bei der Bemessung des Schadensersatzes kann auch …“) lässt die Einschränkung nicht erkennen, dass die Ansprüche im Alternativverhältnis stehen und nicht nur mögliche Einzelposten eines auch darüber hinausgehenden Gesamtschadens sind („Verquickungsverbot“, vgl. v. Wolff, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 97 Rn. 59). Der – allerdings lediglich in der Begründung angedeutete, aber nicht im Normtext zu Tage tretende – Wille des Gesetzgebers, die bestehende Rechtslage kodifizieren zu wollen, ist zwar bei der den Gerichten vorbehaltenen Auslegung einer Norm ein wichtiger Gesichtspunkt (vgl. Hillgruber, in: Maunz/Dürig, GG, Artikel 97 Rn. 57). Die Wortlautgrenze und die Entstehung der Ansprüche in Rechtsprechung und Lehre lassen jedoch auch eine weitergehende Auslegung zu. Durch die neue Formulierung („… so kann der Verletzte anstelle …“) wird nunmehr im Einklang mit der bisherigen Rechtslage klargestellt, dass der Verletzte das Wahlrecht zwischen der allgemeinen Bestimmung seines Schadensersatzumfanges gemäß § 249 BGB nach Satz 1 und den Varianten 1 – Verletzergewinn – „oder“ 2 – Lizenzanalogie – nach Satz 2 hat.

Die Formulierung „… anstelle des Schadensersatzes …“ (vgl. zur Dogmatik z. B. § 284 BGB) verdeutlicht, dass es sich bei der Lizenzanalogie und der Gewinnhaftung nicht um Schadensersatzansprüche handelt (vgl. Ullmann, „Die Verschuldenshaftung und die Bereicherungshaftung des Verletzers im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht“, GRUR 1978, 615; Delahaye, „Die Bereicherungshaftung bei Schutzrechtsverletzungen“, GRUR 1985, 856; Enzinger, „Die Eingriffskondiktion als Rechtsbehelf im gewerblichen Rechtsschutz“, GRUR Int 1997, 96; Haedicke, „Die Gewinnhaftung des Patentverletzers“, GRUR 2005, 529; Meier-Beck, “Herausgabe des Verletzergewinns – Strafschadensersatz nach deutschem Recht?“, GRUR 2005, 617). Die Ansprüche wurden von Rechtsprechung und Lehre entwickelt und waren im Zeitpunkt ihrer Kodifizierung gewohnheitsrechtlich anerkannt. Ihre dogmatischen Grundlagen finden sich zwar in den verschiedenen Haftungstatbeständen des gesamten Immaterialgüterrechts und des allgemeinen Zivilrechts. Eine klare Herleitung und Zuordnung zu den gesetzlichen Anspruchsgrundlagen ist jedoch nie widerspruchsfrei gelungen, die Entwicklung beruhte vor allem auf Billigkeitsgesichtspunkten (vgl. BGH, Urteil vom 10. März 1972 – I ZR 160/70 – = NJW 1973, 96, 97) und lieferte insbesondere bei der Abgrenzung von Schadensersatz- und Bereicherungsrecht ein Bild „heilloser Verwirrung“ (Enzinger, a. a. O., S. 100). Während die Lizenzanalogie ihre Grundlage am ehesten im Bereicherungsrecht bei der Nichtleistungskondiktion im Unterfall der Eingriffskondiktion finden soll, § 812 Absatz 1 Satz 1 2. Alternative, § 818 Absatz 2 BGB (vgl. Bayreuther, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 12 Rn. 244; Gieseke, „Zur Bereicherungshaftung bei Urheberrechtsverletzungen“, GRUR 1958, 17, 18), steht die Gewinnhaftung Ansprüchen aus angemaßter Eigengeschäftsführung nahe, § 687 Absatz 2 Satz 1, §§ 681, 667 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 2. November 2000, – I ZR 246/98 – = GRUR 2001, 329, 331; Haedicke, a. a. O., S. 530; Bayreuther, a. a. O., Rn. 245; Meier-Beck, a. a. O., S. 618).

Mit der Herauslösung der Lizenzanalogie und der Gewinnhaftung aus dem Umfeld des Schadensersatzes wird dem Ausgleichs- und Wiederherstellungsgedanken wieder verstärkt Rechnung getragen und gleichzeitig der Möglichkeit, auf Grundlage dieser Ansprüche eine stetige Ausdehnung der Ansprüche unter Billigkeits- und Sanktionsgesichtspunkten vorzunehmen, entgegengetreten. Die mangelnde Trennschärfe der Rechtsgrundlagen und die stets bemühte besondere Betonung von Billigkeitsgründen führte u. a. dazu – abweichend vom Bild des Ausgleichsgedankens des Schadensersatzrechts und der objektiven Wertbestimmung des Erlangten nach § 818 Absatz 2 BGB bei der Bestimmung der Höhe der Lizenz im Rahmen der Lizenzanalogie –, dass auch, und in letzter Zeit verstärkt, pönale Elemente die Rechtsprechung geprägt haben. So hat der BGH z. B. in bestimmten Konstellationen abweichend von der üblichen Lizenz, die durch den Marktwert gebildet wird, eine Erhöhung der Lizenzgebühr – „Verletzerzuschlag“ – mit der Begründung gewährt, die aufgestellten Tarife würden Geltung nur für „erlaubte“ Nutzung beanspruchen, eine Erhöhung wäre bei nicht erlaubter Nutzung unter dem Aspekt „angemessen“, „dass diese Tarife bei der Schadensberechnung nur ein Anhaltspunkt sind“ und sonst die „gesetzestreuen Lizenznehmer für Kosten aufkommen müssten, die ohne das widerrechtliche Verhalten anderer Benutzer nicht entstanden wären“ (vgl. BGH, NJW 1973, 96, 97). Dies widerspricht der Ursprungsintention und den dogmatischen Grundlagen, die zur Entwicklung dieser Ansprüche geführt haben. Ausgehend von Beweisschwierigkeiten bei der Bestimmung eines konkreten Schadens wurde die Wertungsannahme zur Grundlage gemacht, dass ein Verletzer nicht besser stehen könne als derjenige, der sich redlich um eine Lizenz bemüht habe. Die Wertung ist indes dahingehend zu ergänzen, dass der Verletzte auch nicht besser stehen darf, als hätte sich der Verletzer um eine Lizenz bemüht bzw. die Verletzung nicht begangen hätte (negatives Interesse). Jede darüber hinaus gehende Erwägung führt zwangsläufig in den Bereich des immateriellen Schadensersatzes oder sogar des Strafschadensersatzes, der im deutschen zivilrechtlichen Haftungssystem grundsätzlich nicht angelegt ist (vgl. Oetker, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 249 Rn. 8, 9). Dabei ist nicht zuletzt zu beachten, dass das Urheberrecht als absolutes Ausschließlichkeitsrecht auch ein „sonstiges Recht“ i. S. v. § 823 Absatz 1 BGB ist (vgl. Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 823 Rn. 163), dessen Rechtsfolge (nur) die Wiederherstellung, also das negative Interesse ist (BGH, Urteil vom 25. November 1997, – VI ZR 402/96 – = NJW 1998, 983). Trotz der rechtlichen Nähe der absoluten Rechte wurde einer Übertragung der im Immaterialgüterrecht entwickelten Ansprüche auf Sachgüter als „einem das allgemeine Schadensersatzrecht sprengender Sonderweg“ konsequent widersprochen (vgl. schon ausführlich m. w. N. BayObLG, Urteil vom 22. Januar 1965, – 1 a Z 164/62 – = BayObLGZ 1965, 7, 16). Die prinzipielle Aufrechterhaltung dieser sachlich nur schwerlich begründbaren Differenzierung ist hier nur der gewohnheitsrechtlichen Anerkennung und den Vorgaben der Richtlinie geschuldet.

Den benannten Zielen dient auch die Einschränkung dieser Ansprüche auf vorsätzliches Handeln. Die angemaßte Eigengeschäftsführung als Grundlage der Gewinnhaftung setzt Vorsatz des Geschäftsführers voraus (Seiler, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 687 Rn. 8). Zwar soll die Lizenzanalogie ihre dogmatische Grundlage auch in der Eingriffskondiktion finden, die schuldhaftes Handeln nicht voraus-

setzt. Ob hinsichtlich des Wertersatzes überhaupt undifferenziert auf die Rechtslage bei Sachgütern abgestellt werden darf, wonach regelmäßig der typische Mietzins für die Dauer der Nutzung die Bereicherung bildet (vgl. Schwab, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 818 Rn. 87), ist nach den im Allgemeinen Teil dargestellten Grundsätzen mehr als fraglich. Nach Maßgabe der durch die Rechtsprechung herangezogen Billigkeitsgesichtspunkte steht die Lizenzanalogie aber ohnehin vertragsähnlichen Konstellationen unter Heranziehung von Treuwidrigkeitsgesichtspunkten – venire contra factum proprium – systematisch deutlich näher (so ausdrücklich z. B. BGH, Urteil vom 24. Juni 1993, – I ZR 148/91 – = GRUR 1993, 899, 901: „Nichts anderes kann aber für die Schadensberechnung im Wege der Lizenzanalogie gelten, die auf einer Fiktion eines Lizenzvertrags der im Verkehr üblichen Art beruht“) und rechtfertig vor diesem Hintergrund die Einschränkung auf vorsätzliches Handeln.

Die Beschränkung der Varianten, den Verletzergewinn oder die Lizenzanalogie als Anspruch geltend machen zu können, auf Verletzer, die „in Ausübung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Tätigkeit gehandelt“ haben, wobei es nicht auf die gesetzliche Zulässigkeit der Tätigkeit ankommt (vgl. dazu § 14 BGB; Micklitz, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 14 Rn. 25), findet ihre Grundlage ebenfalls in der Entwicklung dieser Ansprüche und der daraus folgenden verfassungsrechtlich gebotenen Differenzierung der Sachverhalte. Die Rechtsprechung zur Gewinnhaftung und Lizenzanalogie hat sich mit wechselseitiger Beeinflussung und Übertragung der Erwägungen auf den Gebieten des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts entwickelt. Verletzungen auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes werden im privaten nicht gewerblichen Bereich jedoch nicht sanktioniert, vgl. § 11 Nummer 1 des Patentgesetzes (PatG), § 14 Absatz 2, 4, 5 des Markengesetzes (MarkenG), § 40 Nummer 1 des Geschmacksmustergesetzes (GeschmMG), § 1 UWG. Zwar differenziert das Urheberrecht grundsätzlich nicht zwischen gewerblicher und nicht gewerblicher Verletzungshandlung, dennoch hat sich auch hier die Entwicklung dieser Grundsätze der „Schadensberechnung“ im gewerblichen Bereich vollzogen (vgl. Reichsgericht, Urteil vom 8. Juni 1895, =RGZ 35, 63; BGH, Urteil vom 8. Mai 1956, – I ZR 62/54 – = NJW 1956, 1554). Diese Entwicklung ist im gewerblichen Kontext auch nicht zu beanstanden. Dort geht es dem Verletzer, der seinerseits Akteur und Wettbewerber auf einem Markt ist, um die wirtschaftliche Ausbeutung und Aneignung fremder Leistungen zu seinem eigenen wirtschaftlichen Vorteil. Für die Übertragung dieser Rechtsprechung auf Urheberrechtsverletzungen im nicht gewerblichen Umfeld fehlt dieser Begründungsansatz, was u. a. Niederschlag in der Begrenzung der Haftung auf den Gebieten des gewerblichen Rechtsschutzes gefunden hat. Nichts anderes ergibt sich, wenn man die Lizenzanalogie dem Bereicherungsrecht und Wertersatzgesichtspunkten zuordnen wollte. Schon die Antwort auf die Frage nach dem (objektiv zu bestimmenden) Gebrauchsvorteil bei einer Verletzung im privaten Umfeld, z. B. beim Filesharing in Peer-to-Peer-Netzwerken (Tauschbörsen), bleibt offen. Im Übrigen wäre selbst mit der Rechtsprechung des BGH zum Verletzerzuschlag eine Differenzierung beim Wertersatz möglich. Denn genauso wenig wie es Marktpreise und Tarife für „nicht erlaubte“ Nutzungen gibt, gibt es einen realistischen Markt für Lizenzen, die die tausendfache Vervielfältigung von urheberrechtlich geschützten Werken durch Private ohne eigene wirtschaftliche Interessen in Tauschbörsen oder auf Webseiten, regeln. Dem verletzten Urheber wird vielmehr bisher ein Vermögensvorteil eingeräumt, den er seinerseits so faktisch nie hätte realisieren können. Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten steht dieser Gleichbehandlung im Wesen ungleichartiger Sachverhalte Artikel 3 Absatz 1 GG entgegen (erstmals vorsichtig im Hinblick auf die Formulierungen von Unterlassungserklärungen dieses „juristische Neuland“ betretend, OLG Köln BeckRS 2011, 14571).

Die Ergänzung der Alternativen Gewinnhaftung und Lizenzanalogie um „die zur Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen“ berücksichtigt, das Nebenforderungen, wie die Kosten der Identitätsfeststellung, die sonst Bestandteile der Schadensersatzforderung nach Satz 1 wären, auch bei diesen Forderungen soweit erforderlich geltend gemacht werden können. Für Abmahnkosten verbleibt es jedoch bei der Sonderregelung des § 97a des Urheberrechtsgesetzes.

Mit den weiteren Formulierungsänderungen („… ein Lizenznehmer als übliche …“) des § 97 Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 wird das Beruhen der Lizenzanalogie auf einer Fiktion eines Lizenzvertrages deutlicher klargestellt (vgl. § 612 Absatz 2, § 632 Absatz 2 BGB).

Die Neuregelung in Satz 4 sieht entgegen § 102a des Urheberrechtsgesetzes vor, dass „weitergehende Ansprüche ausgeschlossen“ sind. Damit wird der Haftungsrahmen abschließend festgelegt – Schadensersatz, Lizenzanalogie oder Gewinnhaftung bei schuldhafter Verletzung des Urheberrechts oder der verwandten Schutzrechte. Anderweitige Ansprüche, soweit sie nicht lex specialis Regelungen des Urheberrechtsgesetzes selbst entspringen, insbesondere die verschuldensunabhängige Bereicherungshaftung oder die Ansprüche aus angemaßter Eigengeschäftsführung, sind damit ausgeschlossen.

Die Änderungen stehen auch im Einklang mit der Richtlinie unter Beachtung primären Unionsrechts. Die Etablierung eines Strafschadensersatzes ist ausweislich der Erwägung 26 der Richtlinie nicht vorgesehen (vgl. v. Wolff, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, Urheberrechtsgesetz, § 97 Rn. 81). Eine Differenzierung nach Verschuldensgrad sowie gewerblicher und nicht gewerblicher Verletzung ist in den Erwägungen 9, 14, 17 und 26 der Richtlinie angelegt, ergibt sich aber jedenfalls nach den benannten sachlichen Differenzierungsgründen unter Beachtung von Artikel 6 Absatz 1 EUV i. V. m. Artikel 20 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Artikel 6 Absatz 3 EUV i. V. m. Artikel 1 in Protokoll Nummer 12 zur Europäischen Menschenrechtskonvention – EMRK –, deren Schutzgehalt als „Willkürverbot“ mit dem des Artikels 3 Absatz 1 GG vergleichbar ist (vgl. Meyer-Ladewig, in: Meyer-Ladewig, EMRK, Artikel 14 Rn. 3, 4; Schwarz, „Grundfälle zu Artikel 3 GG“, JuS 2009, 315, 316).

Zu Nummer 3 (Änderung § 97a)

Zu Buchstabe b

Der Anwendungsbereich der Norm ist gering und konnte die verfolgten Ziele nicht erreichen (siehe oben). Stattdessen sind durch normative Streitwerte im GKG verlässliche

und nachvollziehbare Kriterien für die Gebührenstreitwertbestimmung zu regeln.

Zu Buchstabe c

Der Ersatz der Abmahnkosten, insbesondere der Kosten für die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe, war bis zur Kodifizierung in § 97a des Urheberrechtsgesetzes zwar gewohnheitsrechtlich anerkannt. Nach herrschender Auffassung wurde der Ersatz auf das Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 677, 683, 670 BGB, gestützt (St. Rspr., vgl. LG Köln, Urteil vom 18. Juni 2007 – 28 O 480/06 – = MMR 2008, 126; AG Hamburg, Urteil vom 18. Juni 1989, – 36 C 806/87 – = GRUR 1990, 267; Seiler, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 677 Rn. 35a; Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, § 97a Rn. 1). Ähnlich zu den Konstellationen der Lizenzanalogie und der Gewinnhaftung ist jedoch eine widerspruchsfreie Herleitung des Anspruches nie gelungen und wurde mit gewichtigen Argumenten angegriffen (vgl. schon LG Essen, Urteil vom 14. August 1973 – 38 HS 2/73 – = GRUR 1974, 801; Einsiedler, „Geschäftsführung ohne Auftrag bildet keine Anspruchsgrundlage für die Erstattung der Kosten wettbewerbsrechtlicher Abmahnschreiben und Abschlussschreiben“, WRP 2003, 354; Schmid, „Geschäftsführung ohne Auftrag als Anspruchsgrundlage für Kostenerstattung von wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen?“, GRUR 1999, 312). Ein Anspruch auf Kostenerstattung für eine erfolgreiche außergerichtliche Verteidigung gegen eine unberechtigte Abmahnung wird hingegen grundsätzlich verneint (vgl. BGH, Beschluss vom 6. Dezember 2007, – I ZB 16/07 – = NJW 2008, 2040; OLG Hamm, Urteil vom 18. Februar 2010, – 4 U 158/09 – = NJOZ 2010, 2522). Nur in engen Ausnahmekonstellationen, in denen sich die Abmahnung als deliktsrechtlich qualifizierbarer Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, § 823 Absatz 1 BGB, oder gar als sittenwidrige vorsätzliche Schädigung darstellt, § 826 BGB, wird ein solcher Anspruch zugestanden (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Juni 2005, – GSZ 1/04 – = NJW 2005, 3141; BGH, Vorlagebeschluss vom 12. August 2004, – I ZR 98/02 – = GRUR 2004, 985; OLG Hamburg, Urteil vom 19. September 2002, – 3 U 54/99 – = NJW-RR 2003, 857). Die Argumente gegen eine Erstattung der außergerichtlichen Verteidigungskosten vermögen jedoch nicht zu überzeugen. Zwar ist es zutreffend, dass die Rechtsordnung keinen allgemeinen Anspruch auf Erstattung von Verteidigungskosten gegen unberechtigte Forderungen kennt, sie es grundsätzlich dem Betroffenen als allgemeines Lebensrisiko zumutet, diese „Belästigung“ hinzunehmen und weitere Schritte des Angreifers und eine gerichtliche Klärung mit geregelten Kostenfolgen abzuwarten. Dieses Argument verfängt jedoch schon deshalb nicht, da die Kostenerstattung für den Angreifer selbst Gegenstand richterlicher Rechtsfortbildung war und unter Aspekten der Waffengleichheit hätte fortentwickelt werden können. Stellt man wie die herrschende Ansicht auf die Geschäftsführung ohne Auftrag ab, kann sich ein solcher Anspruch auf Erstattung der Verteidungskosten schon aus § 678 BGB ergeben, eine Ansicht, die vereinzelt vertreten wurde, sich jedoch bisher nicht allgemein durchsetzen konnte (vgl. Landgericht Detmold, Urteil vom 7. März 1984, – 8 S 15/83 – = GRUR 1984, 376; OLG München, Beschluss vom 8. Januar 2008, – 29 W 2738/07 – = FD-GewRS 2008, 267436; Ahrens, „Zum Ersatz der Verteidigungsaufwendungen bei unberechtigter Abmahnung“, NJW 1982, 2477). Feinsinnige dogmatische Einwände gegen diese Lösung müssen ohne Gehör bleiben, denn solche verhallten auch ungehört für den Kostenerstattungsanspruch des Abmahnenden selbst. Noch weniger durchgreifend sind die Einwände, der Abmahnende übe sein Recht auf freie Meinungsäußerung aus, wäre durch drohende Gegenforderungen im Übermaß sanktioniert und würde zurückschrecken, seine Forderungen anzumelden (vgl. dazu Ahrens, a. a. O.). Diese Risiken bestehen ohnehin, da der Abgemahnte sich durch eine negative Feststellungsklage verteidigen kann. Der Zweck einer Abmahnung ist es, über die Bannung der Gefahr einer negativen Kostenfolge bei sofortigem Anerkenntnis, § 93 ZPO, der außergerichtlichen Streitbeilegung Vorrang einzuräumen und gerichtliche Verfahren zu vermeiden (vgl. Spindler, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien; § 97a des Urheberrechtsgesetzes Rn. 2). Im Hinblick auf das tatsächliche Phänomen der urheberrechtlichen Massenabmahnungen und die Komplexität dieses Rechtsgebietes ist es nicht begründbar, den Abgemahnten, der sich vor gerichtlicher Abwehr beraten und außergerichtlich verteidigen lässt, diese Mittel der Schadensminderung – die auch im Interesse einer Justizentlastung sind – allein tragen zu lassen.

Zu Nummer 4 (Änderung § 101)

In dem Regierungsentwurf auf Bundestagsdrucksache 16/5048 wurde die Formulierung „im geschäftlichen Verkehr“ für den Auskunftsanspruch gegen den Verletzer nach Absatz 1 verwendet. Die ursprüngliche Formulierung hätte bewirkt, dass es allein auf das Umfeld der Handlung ankommt. Handlungen im geschäftlichen Verkehr setzen eine Verbindung mit dem Erwerb oder der Berufsausübung des Einzelnen voraus, betreffen also Handlungen, die sich nicht allein im privaten oder amtlichen Bereich abspielen (Bohne, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrechtsgesetz, § 101 Rn. 8). Diese Formulierung entsprach den Vorgaben der Richtlinie. Die Maßnahmen nach Artikel 8 der Richtlinie, dessen Umsetzung § 101 des Urheberrechtsgesetzes diente, müssen ausweislich des Erwägungsgrundes 14 der Richtlinie nur getroffen werden bei Rechtsverletzungen im „gewerblichen Ausmaß“. Darunter versteht die Richtlinie Handlungen, die „zwecks Erlangung eines unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Vorteils vorgenommen werden“. Die geltende Formulierung, die erst durch die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, Bundestagsdrucksache 16/8783, eingeführt wurde, ist zwar dem Normtext der Richtlinie entnommen. Durch den ebenfalls durch die Beschlussempfehlung eingefügten Satz 2 wird jedoch die ursprüngliche Zweckverbindung aufgelöst und damit der Anwendungsbereich deutlich erweitert. Das gewerbliche Ausmaß ist nunmehr maßgeblich bestimmt durch Quantität oder Qualität der Verletzungshandlungen. Daraus kann jedoch nicht auf eine Handlung zum Zwecke eines wirtschaftlichen Vorteils geschlossen werden. Daher ist die – in der Beschlussempfehlung unbegründet gebliebene – Annahme verfehlt, das gewerbliche Ausmaß wäre schon dann erreicht, wenn „eine besonders umfangreiche Datei, wie ein vollständiger Kinofilm oder ein Musikalbum oder Hörbuch, vor oder unmittelbar nach ihrer Veröffentlichung in Deutschland widerrechtlich im Internet öffentlich zugänglich gemacht wird“ (Beschlussempfehlung, Bundestags-

drucksache 16/8783, S. 50). Insbesondere bei Verletzungshandlungen in frei zugänglichen Tauschbörsen steht der Vervielfältigung keine Gegenleistung gegenüber, die einen mittelbaren oder unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil begründet. Sie erfolgen regelmäßig aus ideellen Gründen, aus Unkenntnis über die konkrete Rechtslage im Einzelfall oder aus Unbedarftheit im Umgang mit der Software. Allein ein „Gebrauchsvorteil“ an sich ist als (mittelbarer) wirtschaftlicher Vorteil nicht geeignet, das gewerbliche Ausmaß zu begründen, da dieser Gebrauchsvorteil immer in irgendeiner Form gegeben ist (vgl. Solmecke, Anmerkung zu LG Köln, Beschluss vom 2. September 2008, – 28 AR 4/08 –, MMR 2008, 761, 762) und die Einschränkung des Erwägungsgrundes 14 der Richtlinie überflüssig machen würde. Da die Richtlinie eine Ausweitung des Anwendungsbereiches ausdrücklich zulässt, ist das alleinige Abstellen auf Qualität und Quantität der Verletzungshandlungen bei der Bestimmung des „gewerblichen Ausmaßes“ auch nicht durch richtlinienkonforme Auslegung begrenzbar.

Die Änderung verwendet statt der Formulierung „im geschäftlichen Verkehr“ hier im Einklang mit der Änderung des § 97 Absatz 2 des Urheberrechtsgesetzes die Formulierung „in Ausübung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Tätigkeit“. Die Formulierung, die § 14 Absatz 1 BGB entnommen wurde und somit keine Auslegungsschwierigkeiten bereitet, gewährleistet das notwendige Element der Zweckverbindung von Handlung und wirtschaftlichem Vorteil. Nach herrschender Auffassung kommt es für die Anwendung weder darauf, ob die Handlung rechtmäßig ist, noch ob sie mit Gewinnerzielungsabsicht erfolgt (Micklitz, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 14 Rn. 22, 26). Entscheidend ist nur ein gewisses planvolles, entgeltliches Handeln, wobei unerheblich ist, auf welcher Grundlage das Entgelt letztlich, z. B. mittelbar durch (Banner-)Werbung o. Ä., erzielt wird. Damit sind im Hinblick auf die Richtlinie alle relevanten Fälle erfasst, insbesondere diejenigen, bei denen die Verletzungshandlungen selbst Hauptgegenstand der (rechtswidrigen) Tätigkeit sind.

Der Auskunftsanspruch gegen Nichtverletzer nach Absatz 2 beruht ebenfalls auf Artikel 8 der Richtlinie, so dass auch hier die für Absatz 1 benannten Erwägungen für die Formulierung heranzuziehen sind. Darüber hinaus wird durch die konkrete Bezugnahme auf Absatz 1 („in den Fällen“) deutlicher hervorgehoben, dass der Auskunftsanspruch gegen Nichtverletzer-Handlungen i. S. v. Absatz 1 voraussetzt. Für die geltende Formulierung („unbeschadet“) konnte dieses Ergebnis erst im Wege systematisch-teleologischer Auslegung ermittelt werden (vgl. LG Frankfurt/M., Beschluss vom 18. September 2008, – 2-06 O 534/0 – = MMR 2008, 829; LG Köln, Beschluss vom 17. Dezember 2008, – 38 OH 8/08 – = MMR 2009, 489).

Zwar ist damit der Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Auskunftsanspruches eingeschränkt, insbesondere können Anfragen nach § 101 Absatz 9 des Urheberrechtsgesetzes nicht mehr über alle Teilnehmer von Tauschbörsen durchgesetzt werden, was die Rechtsverfolgung erschwert. Dies ist aber unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten hinzunehmen. Das besonders schützenswerte Interesse des Verletzten liegt in der Untersagung der wirtschaftlichen Ausnutzung seiner Werke ohne angemessene Gegenleistung (vgl. oben zu Nummer 2). Darüber hinausgehenden Interessen an der spezial- und generalpräventiven Bekämpfung von Verletzungshandlungen an sich wird durch den § 106 des Urheberrechtsgesetzes mehr als ausreichend Rechnung getragen.

Zu Nummer 5 (Einfügung § 104a)

Die Norm entspricht § 12 Absatz 4 UWG und findet sich mit vergleichbarer Schutzrichtung auch in § 142 MarkenG, § 54 GeschmMG, § 144 PatG. Grundgedanke der Regelungen ist es, einer wirtschaftlich schwachen Partei die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung durch eine Streitwertermäßigung zu erleichtern (vgl. Fezer, in: Fezer, Markenrecht, § 142 Rn. 3). Bisher wurde im Urheberrechtsgesetz eine solche Regelung für entbehrlich gehalten. Die durch den technischen Fortschritt bedingte massive Zunahme der Verfahren gegen private Verletzer und Kleingewerbetreibende, denen gegenüber auch weiterhin, vor allem außerhalb des Anwendungsbereiches der Neuregelungen zu den normativen Streitwerten im GKG, hohe Gebühren aus dem Rechtsstreit erwachsen können, die nicht hinter den (Gebühren-)Streitwerten für die Verletzung gewerblicher Schutzrechte zurückbleiben, erfordert auch hier eine entsprechende Regelung. Darüber hinaus sind grundsätzlich auch Verletzungen im privaten Umfeld im Gegensatz zu den Vorschriften des gewerblichen Rechtsschutzes sanktioniert, so dass die Belastung gerade der Verletzer mit den Prozesskosten nach dem vollen Streitwert häufiger angesichts ihrer Vermögens- und Einkommensverhältnisse nicht tragbar erscheinen dürfte. Die Neuregelung ergänzt die Regelungen zum normativen Streitwert im GKG. Zur Wahrung der Einheitlichkeit mit der Systematik in den benannten Schutzgesetzen wird die Regelung auch hier im speziellen Gesetz und nicht im GKG geregelt.

Zu Artikel 2 (Änderung des Gerichtskostengesetzes)

Zu Nummer 1 (Inhaltsübersicht)

Erweiterung der Inhaltsübersicht um den neu einzufügenden § 51b GKG.

Zu Nummer 2 (Einfügung § 51b)

Mit dem neu einzufügenden § 51b GKG werden abweichend von § 48 GKG besondere Wertvorschriften für die Bemessung des Gebührenstreitwertes bei Urheberrechtsverletzungen nach dem § 97 UrhG normativ ausgestaltet. Auch wenn das Angreiferinteresse primärer Ansatz bei der Wertbestimmung ist, kennen das GKG wie auch die Prozessordnungen eine Vielzahl normativer Streitwerte, Obergrenzen und Auffangstreitwerte, die vor allem im Hinblick auf Rechtssicherheit, Verfahrensvereinfachung und prozessuale Gleichbehandlung eingeführt wurden und das Angreiferinteresse nur als geringen Teilaspekt berücksichtigen, vgl. nur § 42 GKG (Wöstmann, in: Münchener Kommentar zur ZPO, Rn. 15; Heinrich, in: Musielak, ZPO, § 3 Rn. 2).

Eine Verkürzung der Rechtsschutzmöglichkeiten ist damit nicht verbunden. Soweit auch aus Sicht des Verletzten spezial- und generalpräventive sowie repressive Maßnahmen erforderlich sind, für die im Übrigen sogar Strafvorschriften bestehen, § 106 ff. des Urheberrechtsgesetzes, besteht die Möglichkeit, diese entweder außergerichtlich durch eine strafbewehrte Unterlassungserklärung, durch deren Verlet-

zung eine Vertragsstrafe in der dort vereinbarten Höhe verwirkt wird (vgl. BGH, Urteil vom 7. Oktober 1982, – I ZR 120/80 – = NJW 1983, 941 942 f.), oder gerichtlich durch einen Antrag auf Androhung eines Ordnungsgeldes bis zu einer Höhe von 250 000 Euro, vgl. § 890 ZPO (Gruber, in: Münchener Kommentar zur ZPO, § 890 Rn. 2), zu bewirken. Diese zu diesen Zwecken allein zulässigen Mittel (vgl. dazu auch OLG Frankfurt a. M., GRUR-RR 2005, 71, 72) haben keinen Einfluss auf die Höhe des Streitwertes (Bendtsen, in: Saenger, ZPO, § 3 Rn. 15).

Für die Streitwertbemessung bei der Durchsetzung von konkreten Forderungen wie Schadensersatz oder Lizenzgebühren nach § 97 Absatz 2 des Urheberrechtsgesetzes wird ohne Weiteres auf die geltend gemachte Höhe abgestellt. Unter Berücksichtigung der eingangs dargestellten Kriterien für die Streitwertbemessung spiegelt sich darin das wirtschaftliche Interesse des Verletzten wider. Begehrt der Verletzte die zukünftige Unterlassung der anspruchsauslösenden konkreten Verletzung, ist das zu beachtende Motiv aus wirtschaftlicher Sicht lediglich, in Zukunft nicht erneut von den wirtschaftlichen Vorteilen, wie einer ihm zustehenden Lizenzgebühr, ausgeschlossen zu werden oder einen weiteren, wie den bereits eingetretenen Schaden erneut erleiden zu müssen. Daher sieht § 51b Absatz 1 GKG zunächst vor, dass sich der Gebührenstreitwert für Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche auch konkret daran, d. h. an den Schadensersatz- und besonderen Entschädigungsregelungen bemisst.

Aufgrund der differenzierenden und abgestuften Neugestaltung des § 97 Absatz 2 ist es möglich, dass zwar eine Verletzung, aber kein ersatzfähiger Schaden festgestellt werden kann. Um dennoch Kriterien für eine effektive Rechtsverfolgung vorzugeben, sieht § 51b Absatz 2 für diese Fälle einen Auffangstreitwert i. H. v. 1 000 Euro für Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche vor. In den Fällen fahrlässiger oder im privaten Umfeld begangener Verletzungshandlungen wäre es unbillig, wenn der Auffangstreitwert den Wert einer üblichen Lizenz, wie sie bei vorsätzlichen Verhalten zu zahlen und zu Grunde zu legen wäre, überschreiten würde. Daher verlangt § 51b Absatz 2 Satz 2 eine darauf abstellende Günstigkeitsprüfung. Mit der Regelung des Satzes 3 wird dem Umstand Rechnung getragen, dass es bei einer Vielzahl gleichartiger Verletzungshandlungen zu einer Zusammenrechnung der Streitgegenstände kommt, § 39 GKG. Da dem Verletzerinteresse durch andere Mittel (siehe oben) hinreichend Rechnung getragen werden kann, ist es erforderlich, die Vielzahl von Verletzungshandlungen nur bis zu einem gewissen Grad bei der Gebührenstreitwertermittlung Rechnung zu tragen, so dass eine Kappung bei 10 000 Euro vorgenommen wird (vgl. Solmecke, Anmerkung zu LG Köln, Urteil vom 18. Juli 2007, – 28 O 480/06 – = MMR 2008, 126, 129).

Absatz 3 regelt insbesondere die Fälle der Gebührenstreitwertermittlung in Fällen der Störerhaftung. Derjenige, der, ohne selbst Täter oder Beteiligter zu sein, in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Verletzung eines geschützten Rechtsguts beigetragen und zumutbare Sicherungsmaßnahmen unterlassen hat, haftet ebenfalls auf Unterlassung, nicht jedoch auf Schadensersatz (vgl. OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 1. Juli 2008, – 11 U 52/07 – = ZUM-RD 2009, 68, 69). Anspruchsgrundlage ist aber nicht § 97 des Urheberrechtsgesetzes, sondern sind u. a. die §§ 823, 1004 BGB analog. Um auch in diesen Fällen vorhersehbare Kriterien für die Streitwertbemessung zu regeln, verweist Absatz 3 auf die Regelungen des Absatzes 2. Abweichend davon findet jedoch bei vielfachen Verletzungshandlungen keine Addition der Streitwerte statt. Das trägt dem Umstand Rechnung, dass der Störer selbst nicht in die Rechte eingegriffen hat und somit das Interesse des Verletzten nur darauf gerichtet ist, die Ausnutzung der Störquelle durch Dritte zu beseitigen, die primär zu verfolgen sind (vgl. dazu auch OLG Frankfurt a. M. a. a. O). Auch bedingt die fortschreitende Technisierung, dass Störquellen, insbesondere bei Privaten, z. B. bei nur unzureichend gesicherten WLAN-Verbindungen, immer schwerer erkennbar sind.

Absatz 4 hat – im Einklang mit der vergleichbaren Vorschrift des § 51 GKG – überwiegend deklaratorische Bedeutung.

Zu Artikel 3 (Inkrafttreten)

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten des Gesetzes.



Gesamtherstellung: H. Heenemann GmbH & Co., Buch- und Offsetdruckerei, Bessemerstraße 83–91, 12103 Berlin, www.heenemann-druck.de
Vertrieb: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH, Postfach 10 05 34, 50445 Köln, Telefon (02 21) 97 66 83 40, Fax (02 21) 97 66 83 44, www.betrifft-gesetze.de
ISSN 0722-8333